

COUR DES POURSUITES ET FAILLITES

Arrêt du 16 octobre 2013

Présidence de M. SAUTEREL, président
Juges : Mme Carlsson et Mme Kistler Vianin, juge suppléant
Greffier : Mme Debétaz Ponnaz

Art. 174 al. 1 et 2 LP

La Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal, statuant à huis clos en sa qualité d'autorité de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite, s'occupe du recours exercé par **H. _____ SÀRL**, à Nyon, contre le jugement rendu le 8 juillet 2013 par la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte, statuant par défaut des parties et prononçant la faillite de la recourante, le même jour à 11 heures 45, à la réquisition du **R. _____**, à Paudex.

Vu les pièces au dossier, la cour considère :

En fait :

1. Le 12 décembre 2011, un commandement de payer les sommes de (1) 1'502 fr. 70, plus intérêt à 6 % l'an dès le 1^{er} octobre 2011, et (2) 300 fr., sans intérêt, a été notifié à H. _____ Sàrl, dans la poursuite n° 6'039'229 de l'Office des poursuites du district de Nyon, exercée à l'instance du R. _____, invoquant comme titre de la créance ou cause de l'obligation : "(1) Cotisations LPP arrêtées au 30.09.2011 selon demande d'acompte du 13.09.2011 (2) Frais d'encaissement pour réquisition de poursuite, conformément à l'annexe 1 du règlement du fonds". La poursuivie a formé opposition totale.

Par décision du 21 novembre 2012, déclarée définitive et exécutoire le 4 janvier 2013, le Juge de paix du district de Nyon a prononcé la mainlevée provisoire de l'opposition. Le 19 mars 2013, une commination de faillite a été notifiée à la poursuivie, dont la poursuivante a requis la faillite par acte daté du 30 et posté le 31 mai 2013.

2. Par jugement du 8 juillet 2013, la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte, statuant par défaut des parties régulièrement convoquées, a prononcé la faillite de H. _____ Sàrl, le même jour à 11 heures 45, et mis les frais à sa charge, par 200 francs.

Le jugement a été notifié à la faillie le 9 juillet 2013.

3. H. _____ Sàrl a recouru contre ce jugement, sous la plume de son conseil, par acte écrit et motivé déposé le 12 juillet 2013, concluant à l'annulation de sa faillite. Elle a requis en outre l'effet suspensif et la fixation d'un délai "raisonnable, mais à tout le moins de 20 jours" pour compléter son recours. Outre les pièces de la procédure, le jugement

attaqué et une procuration, elle a produit un extrait du registre du commerce la concernant et une quittance établie le 9 juillet 2013 par l'Office des poursuites du district de Nyon pour le montant de 1'526 fr. 90 reçu de sa part en règlement de la poursuite n° 6'039'229.

Par décision du 18 juillet 2013, le Président de la cour de céans a admis la requête d'effet suspensif et ordonné, à titre de mesures conservatoires, l'inventaire et l'audition de la faillie.

Par lettre du 19 juillet 2013, le président a informé la recourante que le délai de recours ne pouvait pas être prolongé; il lui a en outre transmis un extrait au 16 juillet 2013 des poursuites la concernant et lui a imparti un délai de dix jours dès réception pour se déterminer sur cet extrait, si elle le souhaitait. L'avis précisait que des déterminations concernant d'autres faits, des moyens ou arguments nouveaux ou des pièces nouvelles ne seraient pas pris en considération.

Selon l'extrait des poursuites précité, H. _____ Sàrl fait l'objet de dix poursuites, introduites entre le 18 juillet 2011 et le 28 juin 2013 pour un montant total de 85'011 fr. 20, toutes frappées d'opposition, et de sept actes de défaut de biens délivrés depuis le 30 novembre 2012 pour un montant total de 25'425 fr. 15. La poursuite à l'origine du jugement de faillite ne figure plus dans l'extrait. En revanche, deux poursuites de la Caisse AVS de la Fédération patronale vaudoise (FPV), quatre poursuites de la [...] Assurances générales et une poursuite de l'Etat de Vaud, Service des automobiles et de la navigation (SAN)), sont encore en cours ainsi qu'une poursuite de J. _____ Bros. pour 73'049 fr. 40. Les actes de défaut de biens ont été délivrés dans des poursuites exercées à l'instance de la Confédération suisse (TVA), de la Caisse AVS de la FPV et de l'Etat de Vaud (SAN).

Le 25 juillet 2013, la recourante a déposé ses déterminations sur les poursuites figurant au registre. Elle a notamment indiqué que J. _____ Bros. aurait reconnu que la poursuite était sans fondement en lui adressant des notes de crédit d'un montant équivalent à celui de la poursuite, que les poursuites exercées par [...] Assurances n'auraient plus

de fondement non plus, ayant fait l'objet de notes de crédit postérieurement à la notification des commandements de payer, que les poursuites exercées par la Fédération patronale vaudoise auraient été partiellement réglées dans le cadre d'un plan de paiement, que la poursuite exercée par l'Etat de Vaud (SAN) serait réglée et que les autres poursuites étaient litigieuses. A l'appui de son écriture, elle a produit un onglet de trente-cinq pièces nouvelles sous bordereau.

L'intimé R. _____ n'a pas procédé.

En droit :

I. Le recours a été introduit auprès de l'instance de recours par acte écrit et motivé, conformément à l'art. 321 al. 1 CPC [Code de procédure civile; RS 272]. Il a été déposé en temps utile, dans le délai de dix jours suivant la notification du jugement de faillite (art. 174 al. 1 LP [loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite; RS 281.1]) et tend à l'annulation de la faillite (art. 174 al. 2 LP). Il est ainsi recevable.

II. Aux termes de l'art. 326 al. 1 CPC, les conclusions, les allégations de faits et les preuves nouvelles sont irrecevables. L'art. 326 al. 2 CPC réserve toutefois les dispositions spéciales de la loi, par quoi il faut entendre non seulement les règles de procédure, mais toute norme de droit fédéral (Spühler, Basler Kommentar, n. 3 ad art. 326 CPC). En particulier, cette réserve vise les règles spécifiques de la LP, dont l'art. 174 LP qui régit le recours contre le jugement de faillite (Jeandin, in Bohnet et alii (éd.), Code de procédure civile commenté, Bâle 2011, n. 4 ad art. 326 CPC; TF 5A_230/2011 du 12 mai 2011 c. 3.2.1). La production de pièces nouvelles en deuxième instance est ainsi autorisée en matière de faillite : sans restriction, s'il s'agit de faits nouveaux qui se sont produits avant le jugement de première instance (pseudo-nova) (art. 174 al. 1 LP), et à certaines conditions, si les pièces se rapportent à des faits intervenus

depuis l'audience de faillite (vrais nova), en ce sens qu'elles ne peuvent alors être produites que pour rendre vraisemblable la solvabilité du débiteur et établir que celui-ci a payé sa dette ou consigné les montants nécessaires auprès de l'autorité compétente ou que le créancier a retiré sa réquisition de faillite (art. 174 al. 2 LP) (TF 5A_571/2010 du 2 février 2011 c. 2.2).

La production de nouvelles pièces ne saurait toutefois intervenir en tout temps au cours de la procédure de recours. Dans son ancienne formulation, antérieure à l'entrée en vigueur du CPC, l'art. 174 al. 2 LP indiquait que le recourant devait rendre sa solvabilité vraisemblable et produire de nouveaux titres "en déposant le recours". A propos de cette version, le Tribunal fédéral a jugé que la formulation de la loi imposait une limitation temporelle – soit l'échéance du délai de recours – pour produire les documents établissant la solvabilité, de même que les autres motifs empêchant la faillite (ATF 136 III 294 c. 3). Certaines procédures cantonales, notamment la procédure vaudoise (art. 458 ss CPC-VD), avaient institué un recours déposé en deux temps, savoir une déclaration de recours suivie, dans un certain délai, d'une motivation (art. 465 al. 1 CPC-VD). Désormais, la question est régie par le CPC, auquel renvoie l'art. 174 al. 1 LP, raison pour laquelle les termes "en déposant le recours" ont disparu de la nouvelle version de l'art. 174 al. 2 LP, entrée en vigueur en même temps que le CPC, le 1^{er} janvier 2011. Le CPC ne prévoit pas la fixation d'un délai pour produire un mémoire de recours, le législateur ayant abandonné l'idée du dépôt d'une première déclaration de recours suivie d'une motivation à opérer subséquentement (Jeandin, op. cit., n. 7 ad art. 321 CPC et n. 9 ad art. 311 CPC; Haldy, La nouvelle procédure civile suisse, p. 86). Dans un arrêt récent (TF 5A_258/2013 du 26 juillet 2013, destiné à la publication), le Tribunal fédéral a jugé que la modification apportée à l'art. 174 al. 2 LP, en lien avec les vrais nova, était de nature rédactionnelle, et non matérielle. Dès lors, comme pour les pseudo-nova de l'art. 174 al. 2 2^{ème} phrase LP, les vrais nova doivent être produits dans le délai de recours de dix jours (TF 5A_427/2013 du 14 août 2013 c. 5.2.1).

En l'espèce, la cour de céans a requis d'office un extrait du registre des poursuites et des actes de défaut de biens concernant la recourante et en a communiqué une copie à celle-ci en lui octroyant un délai pour se déterminer, si elle le souhaitait, ce afin de garantir le droit d'être entendu de la partie, fondée à se déterminer sur toute pièce nouvelle jointe à son dossier. Cela n'avait en revanche pas pour effet de prolonger le délai de recours ni d'instituer un délai de mémoire ou un délai supplémentaire pour produire des pièces, ce qui serait contraire au CPC. L'avis présidentiel du 19 juillet 2013 précisait d'ailleurs expressément que d'éventuelles pièces nouvelles ne seraient pas prises en considération. Il s'ensuit que les pièces nouvelles produites par la recourante à l'appui de ses déterminations déposées le 25 juillet 2013 sont irrecevables. En revanche, les pièces produites avec son recours sont recevables.

III. Selon l'art. 171 LP, lorsque le débiteur est sujet à la poursuite par voie de faillite, le juge compétent saisi d'une réquisition de faillite doit prononcer celle-ci, sauf dans les cas mentionnés aux art. 172 à 173a LP, notamment lorsque le débiteur prouve par titre que la créance a été acquittée en capital, intérêts et frais.

En l'espèce, aucun des cas précités n'était réalisé au jour du jugement de faillite. Les délais des art. 166 et 168 LP ont par ailleurs été respectés. C'est donc à juste titre que le premier juge a prononcé la faillite de la recourante.

IV. a) En vertu de l'art. 174 al. 2 LP, l'autorité de recours peut annuler le jugement de faillite lorsque le débiteur rend vraisemblable sa solvabilité et établit par titre que la dette, intérêts et frais compris, a été payée ou que la totalité du montant à rembourser a été déposée auprès de l'autorité de recours à l'intention du créancier ou encore que celui-ci a retiré sa réquisition de faillite.

b) En l'espèce, la recourante a établi, par la production d'un titre recevable, avoir réglé la poursuite n° 6'039'229 durant le délai de recours. Cette poursuite ne figure plus au registre des poursuites au 16 juillet 2013. L'une des deux conditions cumulatives posées par la loi pour pouvoir annuler la faillite est ainsi remplie.

c) La recourante doit encore rendre vraisemblable sa solvabilité. Un fait est rendu vraisemblable si le juge, dans son libre examen, aboutit à la conviction qu'il correspond avec une probabilité suffisante aux allégations de la partie (TF 5P.146/2004 du 14 mai 2004 et les références citées).

aa) La solvabilité au sens de l'art. 174 al. 2 LP se définit par opposition à l'insolvabilité au sens de l'art. 191 LP (Giroud, Basler Kommentar, 2ème éd. 2010, n. 26 ad art. 174 LP; TF 5P.399/1999 du 14 janvier 2000 c. 2b). Cette dernière n'équivaut pas au surendettement mais consiste en l'incapacité du débiteur, en raison d'un manque de liquidités qui n'apparaît pas seulement temporaire, de payer ses dettes échues. La loi se contente d'une simple vraisemblance. Un fait est rendu vraisemblable si le juge, en se basant sur des éléments objectifs, a l'impression que le fait invoqué s'est produit, sans pour autant devoir exclure la possibilité qu'il ait pu se dérouler autrement (ATF 132 III 715 c. 3.1 et réf. cit.). Ainsi, la solvabilité du débiteur doit au moins être plus probable que son insolvabilité (TF 5A_230/2011 du 12 mai 2011 c. 3; TF 5A_350/2007 du 19 septembre 2007 c. 4; TF 5P.80/2005 du 15 avril 2005 c. 3.2; TF 5P.456/2005 du 17 février 2006, c. 5.1). Il ne faut donc pas poser d'exigences trop sévères quant à la solvabilité : celle-ci est rendue vraisemblable lorsqu'elle apparaît plus vraisemblable que l'insolvabilité, en particulier lorsque la viabilité de l'entreprise ne saurait être déniée d'emblée (Giroud, op. cit., n. 26 ad art. 174 LP; Cometta, Commentaire romand, n. 9 ad art. 174 LP; Gilliéron, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, n. 45 ad art. 174 LP; TF 5A_529/2008 du 25 septembre 2008 c. 3.1 et réf. cit.; TF 5P.129/2006 du 30 juin 2006 c. 2.2.1; TF 5P.80/2005 du 15 avril 2005 c. 3.2 précité).

bb) S'il ne doit pas prouver sa solvabilité de manière stricte, il incombe au débiteur d'offrir les moyens de preuve propres à rendre vraisemblable sa solvabilité (TF 5A_469/2012 du 22 août 2012, c. 3.2; TF 5A_328/2011 du 11 août 2011 c. 2, SJ 2012 I p. 25; Message du Conseil fédéral, du 8 mai 1991, concernant la révision de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, FF 1991 III p. 130 s.). Il doit fournir des indices tels que les récépissés de paiements, des justificatifs de moyens financiers à sa disposition (avoirs en banque, crédits bancaires), la liste de ses débiteurs, un extrait du registre des poursuites, des comptes annuels récents avec bilan intermédiaire, cette liste n'étant pas exhaustive. L'extrait du registre des poursuites concernant le failli est en règle générale décisif (Cometta, op. cit., n. 10 ad art. 174 LP). En principe, s'avère insolvable le débiteur qui, par exemple, laisse des comminations de faillite s'accumuler, fait systématiquement opposition et ne paie pas même des montants peu élevés. Des difficultés momentanées de trésorerie, même si elles amènent un retard dans le paiement des dettes, ne sont pas à elles seules un indice d'insolvabilité, à moins qu'il n'y ait aucun indice important permettant d'admettre une amélioration de sa situation financière et qu'il semble manquer de liquidités pour une période indéterminée. A l'inverse, l'absence de poursuite en cours n'est pas une preuve absolue de solvabilité; elle constitue toutefois un indice sérieux de la capacité du débiteur de s'acquitter de ses engagements échus (CPF, 9 décembre 2010/474; CPF, 2 octobre 2008/483; CPF, 13 juin 2002/229). S'il existe des actes de défaut de biens, la solvabilité est exclue à moins que le débiteur ne prouve avoir éteint également ces dettes après l'émission de l'extrait et avant l'échéance du délai de recours de l'art. 174 al. 1 LP (Cometta, op. cit., n. 10 ad art. 174 LP). Le Tribunal fédéral a rappelé que la ratio legis de l'art. 174 al. 2 LP consiste à éviter la faillite lorsque le manque de liquidités suffisantes n'apparaît que passager et que l'entreprise du débiteur semble en mesure de survivre économiquement (TF 5A_328/2011 du 11 août 2011 c. 2 précité, SJ 2012 I p. 25). La cour de céans a également admis que le recourant pouvait être considéré comme suffisamment solvable, même si des poursuites (parfois nombreuses) étaient en cours, lorsqu'un concordat paraissait possible au sens de l'art. 173a al. 2 LP (Bosshard, Le recours contre le jugement de faillite, in JT

2010 II 113 ss, pp. 127-128; CPF, 12 mars 2009/82 et réf. cit.; CPF, 3 avril 2008/138 et réf. cit.).

cc) En l'espèce, la recourante fait l'objet de plusieurs poursuites, toutes frappées d'opposition, dont elle indique que certaines n'ont plus d'objet. Aucune de ces poursuites n'en est au stade de la faillite ou de la saisie, ce qui pourrait constituer un indice en faveur des déclarations de la recourante. Cette dernière fait toutefois aussi l'objet de sept actes de défaut de biens pour un total de 25'425 fr. 15. Tous ces actes de défaut de biens ont été délivrés dans le cadre de poursuites pour des impôts (TVA), des taxes (SAN) et des cotisations AVS. En outre, la recourante n'a produit aucun bilan ni aucun compte la concernant. L'existence d'actes de défauts de biens et l'absence de tout renseignement sur sa situation comptable, ses charges, ses paiements et ses liquidités ne permettent pas de considérer que la recourante a rendu sa solvabilité vraisemblable.

V. Le recours doit ainsi être rejeté et le jugement confirmé, la faillite de H. _____ Sàrl prenant effet à la date du présent arrêt, vu l'effet suspensif accordé.

Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr., sont mis à la charge de la recourante. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

Par ces motifs,
la Cour des poursuites et faillites du Tribunal cantonal,
statuant à huis clos en sa qualité d'autorité
de recours en matière sommaire de poursuites et de faillite,
p r o n o n c e :

I. Le recours est rejeté.

II. Le jugement est confirmé, la faillite de H._____Sàrl prenant effet le 16 octobre 2013, à 16 heures 15.

III. Les frais judiciaires de deuxième instance, arrêtés à 300 fr. (trois cents francs), sont mis à la charge de la recourante.

IV. Il n'est pas alloué de dépens de deuxième instance.

Le président :

La greffière :

Du 16 octobre 2013

L'arrêt qui précède, dont la rédaction a été approuvée à huis clos, prend date de ce jour.

Il est notifié, par l'envoi de photocopies, à :

- Me Bertrand Pariat, avocat (pour H._____Sàrl),
- R._____,
- M. le Préposé à l'Office des poursuites du district de Nyon,
- M. le Préposé à l'Office des faillites de l'arrondissement de La Côte.

Le présent arrêt peut faire l'objet d'un recours en matière civile devant le Tribunal fédéral au sens des art. 72 ss LTF (loi du 17 juin 2005 sur le Tribunal fédéral - RS 173.110). Ce recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours qui suivent la présente notification (art. 100 al. 1 LTF).

Cet arrêt est communiqué, par l'envoi de photocopies, à :

- M. le Conservateur du Registre foncier, Office de Nyon,
- M. le Préposé au Registre du Commerce du canton de Vaud,

et communiqué à :

- Mme la Présidente du Tribunal d'arrondissement de La Côte.

La greffière :